

Nova lei de tóxicos: da conduta para consumo pessoal

Autor: Jorge Vicente Silva

Advogado, Professor de Pós-Graduação da FGV e da ESA-OAB/PR, Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela PUC/PR
Publicado na Edição 16 - 23.02.2007

Há muitas inverdades ditas sobre a nova lei de tóxico, especialmente em relação ao tratamento dado ao usuário, inclusive por pessoas que não poderiam desconhecer as previsões dessa norma, como, por exemplo, a manifestação do Deputado Federal Fernando Gabeira, em matéria publicada na imprensa, na qual o parlamentar reclama que esta lei obriga o usuário a submeter-se a tratamento para se livrar do vício, o que não é verdade, haja vista que esse diploma legal apenas determina que o Poder Público disponibilize o tratamento, sem fazer qualquer previsão no sentido de que ele seria coercitivo. Ou o jornalista escreveu o que este parlamentar não disse ou ele votou a lei sem tê-la lido (O Estado do Paraná, circulação de 03.09.2006, p. 6).

Também, diversamente do que temos lido e ouvido sobre as condutas de aquisição, guarda, cultivo, etc., para uso pessoal, a nova lei não descriminalizou a conduta visando ao consumo pessoal de drogas.

Ao contrário, manteve a previsão da aplicação de sanções penais para estas modalidades de condutas infracionais, sendo elas: a) advertência sobre os efeitos das drogas; b) prestação de serviços à comunidade; e c) medida de comparecimento a programa ou curso educativo. Não sendo cumpridas essas sanções, a omissão pode importar na aplicação de "admoestação verbal" e "multa", num mínimo de 40 (quarenta) e num máximo de 100 (cem) dias-multa, no valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo vigente da data do fato (art. 28, inciso I, II e III, § 6º, e art. 29).

Também não resta a menor dúvida de que efetivamente essa norma continua criminalizando essas modalidades de condutas quando previu no artigo 48, § 1º, que "o agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais."

Ora, se houvesse a descriminalização não haveria processo nem julgamento, sendo esse mais um fator a ensejar conclusão no sentido

de que as condutas visando ao consumo de drogas continuam criminalizadas.

Assim, na hipótese de concurso de infração de conduta visando ao consumo pessoal e outras contempladas na lei em comento, será competente para processar e julgar aquela infração o juízo que tiver competência para estas, porém deverá fazê-lo segundo os regramentos previstos para os feitos relacionados com consumo pessoal, inclusive no que respeita à aplicação da sanção.

Para essa modalidade de condutas, a norma reza que “não se imporá prisão em flagrante”, ressaltando que o autor do fato será “imediatamente encaminhado ao juízo competente” ou, na falta deste, assumirá perante a autoridade policial o “compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”. (art. 48, § 2º).

Veja-se que se, de um lado, a norma diz que não se imporá a prisão em flagrante, por outro lado, ela diz que o infrator será imediatamente encaminhado perante a autoridade competente.

Essa previsão importa na interpretação da norma no sentido de que apenas não haverá a lavratura do auto de prisão em flagrante, nos termos previstos no Código de Processo Penal, mas de qualquer forma o infrator dessa modalidade de conduta será capturado e conduzido coercitivamente até a autoridade competente, inclusive algemado, se necessário e se assim entender a autoridade policial autora da captura.

Novamente nos deparamos com mais uma circunstância que constata de forma inequívoca a inexistência de descriminalização dessas modalidades de condutas.

Pela previsão legal, o infrator seria encaminhado diretamente ao juízo competente, o mesmo que determina a Lei nº 9.099/95, entretanto, tal qual ocorreu com essa lei, que nesse particular ficou apenas no “papel”, haja vista que passados mais de dez anos não se implementou juízo de plantão para atender essa modalidade de ocorrência, não temos dúvidas de que as infrações ora em análise cairão na mesma vala, ficando nesse aspecto letra morta.

Assim, na prática, somente restará a segunda hipótese, que é a de o infrator ser encaminhado perante a autoridade policial competente, onde assumirá compromisso de comparecer ao juízo, após a lavratura do termo circunstanciado (art. 48, § 3º).

Aqui surge uma nova complicação caso seja mantida a atual sistemática acima indicada, a qual, em vez do processamento

imediatamente do feito nos termos previstos na Lei nº 9.099/95, apenas toma o compromisso do indicado, nas hipóteses em que este se recusar a assumir tal encargo.

Isso porque a nova norma prevê que “não se imporá prisão em flagrante” (art. 48, § 2º), sendo “vedada a detenção do agente” (art. 48, § 3º).

Nesse caso, o que fará a autoridade policial?

Pensamos que a única alternativa que lhe restará será a elaboração do termo circunstanciado, realizando exame de corpo de delito no agente, se for o caso, e após o liberará, sob pena de cometimento de crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65, artigo 4º, letra a). Veja-se que, em qualquer hipótese, o infrator não poderá ser colocado no cárcere, devendo aguardar os procedimentos em local livre.

Também a previsão no sentido de que “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta” (art. 48, § 5º), na prática não terá eficácia, haja vista que, não havendo juizado especial de plantão, também não haverá Ministério Público plantonista.

Novamente, mais um motivo para concluirmos que não houve descriminalização dessa modalidade de conduta, haja vista que expressamente a norma prevê aplicação de pena, sendo esta incompatível com aquela.

Voltando ao procedimento a ser adotado, verifica-se que o supracitado dispositivo legal expressamente deixa consignado que para essas hipóteses se aplicam as regras do artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

Assim, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público apresentará proposta com aplicação de uma das três modalidades de sanções antes indicadas e que estão previstas no artigo 28, incisos I a III.

Quanto a este aspecto é importante observar que, para essa modalidade de infração penal, não se aplica a vedação prevista no artigo 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95, haja vista que a nova lei de tóxicos não fez essa restrição.

Assim, independentemente da condição de o acusado infrator ser reincidente, de maus antecedentes, e de ter recebido essa mesma modalidade de benefício anteriormente, etc., tem direito subjetivo à proposta indicada.

É interessante observar que o representante do Ministério Público, para essa modalidade de crimes, não tem outra alternativa que não a de apresentar a proposta, porquanto, caso não a apresente, não poderá processar o acusado infrator, porque a lei somente lhe autoriza o oferecimento de denúncia caso o acusado rejeite a proposição transativa. (art. 77, caput, da Lei nº 9.099/95).

Não aceita a proposta de transação pelo acusado o parquet oferecerá denúncia, caso não haja necessidade de diligências imprescindíveis, passando o processo a tramitar segundo os regramentos previstos no art. 77 e seguinte da Lei nº 9.099/95.

O processo seguirá nos moldes dos delitos de pequeno potencial ofensivo, com citação do acusado, quando não estiver presente no momento do oferecimento da denúncia, designação de audiência de instrução e julgamento, com nova tentativa de conciliação (visando à aceitação pelo acusado da proposta do Ministério Público), apresentação de defesa do acusado, recebimento de denúncia, se for o caso, oitiva das testemunhas da acusação, da defesa e interrogatório do agente, sempre nessa sequência, com posterior debates orais e finalmente a prolação de sentença.

Para julgamento dessa modalidade de ilícito penal, aplicam-se todas as regras em relação a outros crimes, relativamente a materialidade e autoria.

É importante observar que o julgador somente poderá aplicar uma das três sanções previstas para essa modalidade de infração, conforme indicamos, não podendo delas fugir, porquanto, não há previsão legal para tanto, ficando engessado pelo princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Entendemos que somente é possível a aplicação de uma dessas sanções, porque a lei em estudo não previu a possibilidade de cumulação, ainda que o acusado seja reincidente ou portador de outros defeitos que poderiam aconselhar dita cumulação.

Veja-se que o julgador não pode aplicar outra modalidade de sanção, devendo optar por uma dessas, sempre fundamentando a escolha, especialmente quando deixar de aplicar a “advertência sobre os efeitos da droga” que é mais favorável em relação às outras duas.

Portanto, nas hipóteses em que o agente não aceitar a proposta ofertada pelo Ministério Público, terá como prejuízo unicamente o fato de que não poderá pleitear a escolha de uma dessas três modalidades de sanção, ficando ao arbítrio motivado do julgador em escolhê-la.

Nesse particular, cabe uma crítica ao legislador por haver estabelecido unicamente essas três modalidades de sanção, sem dar outra opção ao julgador para, no caso concreto, aplicar modalidade de pena diversa, o que poderia ser mais vantajoso para o acusado e para o Estado.

Em muitos casos não é aconselhável que o acusado aceite a proposta do Ministério Público, especialmente quando não se conformar com a imputação, porquanto, caso assim haja, ficará alijado deste benefício na hipótese de cometer outra infração penal considerada de pequeno potencial ofensivo, porque tal benesse não pode ser aplicada duas vezes ao mesmo infrator, salvo nos delitos de tóxicos para consumo pessoal.

Do tratamento ao viciado

É lamentável que a norma em comento não tenha previsto a aplicação de medida de tratamento para os casos de infrator viciado, ainda que fosse através de transação, fugindo com isso de toda a finalidade deste normativo, pelo que se depreende das medidas a serem aplicadas, centra-se basicamente na prevenção.

Ao nosso ver, infelizmente, nem o Ministério Público poderá propor a aplicação dessa medida, nem o juiz poderá determiná-la, porquanto, as modalidades de sanções foram postas de forma exaurível, não deixando brecha para a aplicação de outras.

Há quanto a isso a previsão de que o juiz “determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado” (art. 28, § 7º).

Nesse particular, observa-se que com acerto a norma obriga o juiz a determinar ao Poder Público que disponibilize ao infrator viciado tratamento especializado, entretanto, não possibilita ao julgador determinar coercitivamente que o acusado se submeta a tal tratamento.

Em sentido contrário a essa nossa posição, certamente será apresentado o argumento de que não se pode obrigar o viciado a submeter-se a tratamento especializado para deixar desse vício.

Teoricamente até é defensável essa conclusão, entretanto, na prática, e é para isso que serve a lei, milhares de viciados se submeteriam ao tratamento porque “o juiz” determinou, e destes, certamente muitos, em face da frequência nesses programas, se conscientizariam de que não vale a pena o uso de drogas.

Tirando esse equívoco da norma, é de grande valia prática a previsão no sentido de que o julgador deverá determinar que o Poder Público ofereça gratuitamente o tratamento.

Dir-se-á que essa previsão resultará em letra morta, porquanto o Poder Público, como ousa fazer nessas questões de tratamento, não cumprirá a lei, tal qual o fez em inúmeros outros direitos garantidos ao cidadão.

A nosso ver, essa previsão não oferece apenas um direito contemplado na lei, mas sim uma determinação judicial, a qual, até que seja reformada, deve ser cumprida, sob pena de prática de crime de desobediência (CP, art. 330) pela autoridade responsável, inclusive com possibilidade de prisão em flagrante.

Certamente que, em face dessa efetiva coerção, quando a autoridade responsável pelo fornecimento dessa modalidade de tratamento se deparar com uma ordem judicial nesse sentido, não resistirá para o cumprimento da ordem judicial.

Veja-se que é diferente de a lei prever um direito, porque nesse caso haverá uma ordem judicial, o que torna mais concreta a concessão do direito ao tratamento.

Nesse particular, a norma é de uma importância tão grande que muitos viciados sem condições de custearem – eles ou seus familiares – as despesas com o tratamento optarão por serem flagrados fazendo uso de droga para que o juiz determine que o Poder Público gratuitamente disponibilize o tratamento.

Talvez não tenha sido essa a intenção do legislador, mas se foi isso que ocorreu, atirou no que viu e acertou no que não viu, com resultado prático de enorme relevância, porquanto, de forma bem objetiva e coercitiva, impõe ao Poder Público a obrigação de disponibilizar tratamento adequado para viciados em droga, haja vista que as famílias da maioria dos viciados não possuem condições financeiras de o custearem, em face do elevado custo que dele decorre.

Dir-se-á que o Poder Público não possui clínicas especializadas suficientes para atender à demanda nessa modalidade de tratamento que a nova lei gerará, razão pela qual a norma acabará sendo letra morta neste particular, como ocorre com outras centenas que garantem direitos ao cidadão.

Quanto a esses argumentos, pensamos que, após a prisão ou ameaça de prisão de algumas autoridades responsáveis legalmente por cuidar

dessa modalidade de tratamento, surgirá bem rápido vontade política para suprir essa necessidade, porque nenhum mandatário se sentirá confortável em descumprir determinação judicial, ainda mais quando está sujeito a ser preso e processado.

De outra forma, caso o viciado ou seus familiares não obtenham a disponibilidade gratuita para o tratamento, após determinado pelo juiz, poderão custeá-lo, quando disponibilizarem de numerário para tal, cobrando do Estado os valores que despendarem, ainda que sejam de abastada situação financeira.

Portanto, de forma indireta, essa nova lei de tóxico conferiu ao Poder Público o dever, e não a faculdade, de custear gratuitamente o tratamento de todos os viciados em drogas, independentemente da situação financeira de cada um ou de seus familiares.

Da duração das sanções

Conforme já vimos, a norma em comento prevê: a) advertência sobre os efeitos das drogas; b) prestação de serviços à comunidade; e c) medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

A advertência é única, exaurindo-se com o “puxão de orelha” aplicado ao infrator. Nesse caso, apesar de a lei não determinar quem a aplicará, pensamos que deve ser encargo do juiz, não podendo ser delegado a outras pessoas, ainda que seja o Ministério Público, porquanto, somente ele tem legitimidade para executar a penalidade imposta, e como tal, a advertência é uma sanção que também é de sua exclusiva competência.

Certamente se levantarão vozes reclamando dessa modalidade de sanção, ao fundamento de que o juiz não é um “pai”, “professor”, “padre”, etc., para ficar advertindo infratores, mas sim um julgador, que no caso concreto apresenta o seu veredicto.

Esse raciocínio é correto, entretanto, em determinados casos, para que o juiz seja justo quanto à penalidade que irá aplicar, há necessidade de que faça às vezes dessas pessoas, especialmente quando lida com ramo do direito ligado à questão social, que é o direito penal. De outra feita, certamente a advertência de um Magistrado poderá ter o efeito que jamais uma pessoa comum conseguiria, podendo resultar numa efetiva conscientização do agente, especialmente aquele ainda não viciado, de que não vale a pena consumir droga.

Já para as outras duas modalidades de sanções, a lei prevê a duração máxima de cinco meses (art. 28, § 3º), não determinado um patamar mínimo.

Portanto, o prazo pode ser de um dia a cinco meses, razão pela qual quando o julgador aplicá-la em sentença, em face de o acusado não haver aceito a proposta do Ministério Público, deverá fundamentar o quantum fixado, salvo se for de apenas um dia.

Da forma de aplicação e cumprimento das sanções

A advertência, conforme já vimos, deve ser apenas uma, a qual pode ser verbal ou escrita, mas sempre emanada do juízo competente.

Já “a prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”, conforme preceitua o artigo 28, § 5º, da norma em comento.

Para indicar o local onde o acusado deve cumprir essa modalidade de sanção, o juiz precisa ter muita cautela. Não deverá encaminhar para uma escola um viciado que ainda não se deu conta de que o vício é um malefício, sob pena de estar introduzindo-o para conviver com alunos de estabelecimento de ensino, com grande probabilidade dele instigar ditos alunos ao uso de drogas.

O ideal é que, enquanto ele não estiver “curado”, não seja colocado em ambiente de jovens sadios, sob pena de estarmos colocando a “raposa para cuidar do galinheiro”. Mesmo certos de algumas críticas quanto a essa conclusão, assim nos manifestamos, porque a sociedade não pode ser ingênua ao ponto de pretender que uma pessoa viciada, sem estar convencida do mal que a droga causa, não será uma disseminadora da idéia de que a droga vale a pena.

Assim, para o acusado viciado, a sua colocação para prestar serviços à comunidade deve ocorrer apenas junto a estabelecimentos que visam combater os vícios, sejam de bebidas, cigarros, drogas, etc., o que seria ideal.

Quando não houver essa modalidade de estabelecimento, como ocorre nas pequenas cidades, o ideal é que essa sanção seja cumprida em local onde o viciado não tenha contato, sem acompanhamento, principalmente com adolescentes e jovens.

A terceira modalidade de sanção aplicável é a de “comparecimento a programa ou curso educativo”.

Veja-se que a norma não indica qual seria a modalidade de programa ou curso educativo, inclusive no que respeita a estarem vinculados a tratamento de viciados em drogas, ou de outros vícios.

Quanto a essa modalidade de sanção, o juiz tem a liberdade de escolher o programa ou curso a que o infrator deve se submeter, quando essa medida for aplicada na sentença, porque não há limitação.

Do descumprimento das sanções

A aplicação das sanções de admoestação verbal e multa, previstas no parágrafo sexto, respectivamente nos incisos I e II do artigo 28, somente é possível quando o acusado deixar de cumprir injustificadamente a pena imposta, seja através de aceitação da proposta do Ministério Público, seja pela sentença. Portanto, já na fase de execução da pena aplicada.

A admoestação verbal refere-se à chamada de atenção do infrator para o descumprimento das condições, ou por ele aceitas na transação penal, ou fixadas pelo juiz na sentença, informando-o das consequências dessa conduta, que será a aplicação de sanção pecuniária, conforme adiante veremos.

Já a pena de multa constitui-se em aplicação de sanção pecuniária, nos moldes adiante postos.

Há ainda que se observar a necessidade de ser aplicada primeiro a sanção de admoestação verbal e somente após, caso ela não surta efeitos, no sentido do acusado cumprir a pena anteriormente acertada ou fixada, poderá ser aplicada a pena de multa, haja vista que a norma prevê a aplicação de forma sucessiva (art. 28, § 6º, caput).

Essa pena pecuniária será fixada entre um patamar mínimo de 40 (quarenta) e um máximo de 100 (cem) dias-multa, segundo a capacidade do agente, no valor de cada dia, de um trinta avos, até o máximo de 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo vigente.

A quantidade de dias-multa deve considerar unicamente a reprovabilidade da conduta do agente, devendo ser devidamente fundamentada essa circunstância quando a pena for fixada além do mínimo legal, sob pena de nulidade.

A norma não fala se seria o valor do salário mínimo da data do fato ou da data da sua aplicação, entretanto, considerando que, para a

fixação de sanção pecuniária para outras modalidades de ilícitos penais, pensamos que seja o da data do fato.

Essa previsão, ao nosso ver, é muito inconsistente em termos de sanção penal, seja preventiva, seja educativa, etc., podendo, conforme for a condição econômica do infrator, ser escolhida para cumprimento, após propositadamente descumprir as condições impostas e não dar valia para a admoestação.

Não há dúvidas de que um infrator abastado financeiramente preferirá pagar a multa, ainda que no valor máximo, do que prestar serviços à comunidade ou comparecer a cursos ou programas educativos.

E isso poderá ocorrer porque caso o infrator descumpra as sanções impostas ou pactuadas, a lei não prevê qualquer consequência, ainda que não haja o pagamento do valor aplicado a título de pena de multa.

Mesmo não havendo o pagamento da pena de multa, essa falta de cumprimento da sanção imposta não poderá ser convertida em outra modalidade de reprimenda, muito menos em pena privativa de liberdade, em face da revogação dos §§ 1º e 2º do artigo 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/96.

Diante desse quadro, pensamos que a norma em comento não andou bem quando cuidou do descumprimento das sanções aplicadas aos infratores, especialmente porque, na prática, pela forma como foi regulada, poderá servir até mesmo de incentivo para o agente deixar de cumprir a obrigação imposta ou assumida.

Quando se trata de sanção penal, não é possível que ela possa ficar a cargo do infrator para escolher, a seu gosto, a melhor forma de cumprimento, como poderá ocorrer na norma ora em comento.

Da reincidência

Para essa modalidade de infração, a reincidência, seja específica para este tipo de crime, seja em relação a outros, ou ainda a aceitação de transação penal nos moldes do artigo 61 e seguintes da Lei nº 9.099/95, não é impeditiva para aplicação dessa benesse legal, em face da falta de previsão neste normativo, independentemente de quantas forem as infrações praticadas pelo acusado.

Ao contrário, no artigo 28, § 4º, está previsto que, “em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo de 10 (dez) meses”, sendo que,

para os não reincidentes, o prazo é de no máximo cinco meses, como já vimos.

Novamente surge dúvida quanto ao alcance dessa previsão normativa. Ou seja: se está a falar em nova prática dessa modalidade de infração ou se está a se referir ao infrator reincidente.

Caso a norma esteja se referindo à reincidência no seu aspecto técnico-jurídico, nos termos do artigo 63 do Código Penal, ela somente estará configurada caso a prática da infração para uso de droga seja perpetrada após transitar em julgado condenação anterior, independentemente de sua modalidade.

No caso de o agente haver sujeitado-se à transação penal, nos moldes do artigo 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95, independentemente da espécie de infração praticada, não se aplica essa causa de elevação do prazo de cumprimento das sanções impostas.

Diante dessa falta de esclarecimento quanto ao que pretendeu o legislador quando referiu-se à reincidência, apesar de aparentemente dar-se a impressão que buscou alcançar a reincidência na modalidade de tóxico para consumo pessoal, em face do princípio de que também a interpretação da norma deve ser sempre em favor do acusado, essa regra incide apenas nos casos de acusado reincidente, nos termos do conceito jurídico do instituto da reincidência.

Assim, o acusado dessa modalidade de crime pode valer-se desse benefício quantas vezes contra ele for instaurada persecução criminal, sem o aumento do prazo de cumprimento da sanção, para até dez meses, o qual somente ocorrerá quando for reincidente nos termos dispostos no artigo 63 do Código Penal. Portanto, nenhuma modalidade de reincidência impede a aplicação das sanções ora em estudo.

Da tipificação da conduta

A lei anterior, que exigia a necessidade de a autoridade policial fundamentar a classificação do delito, prevendo no seu artigo 37 que, "para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta Lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade de substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente." Parágrafo Único: "A autoridade deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando concretamente as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz."

Portanto, pelo teor desse dispositivo legal, a autoridade policial necessitava fundamentar a classificação do crime de tóxico, especialmente nos casos de prisão em flagrante.

A norma em comento não prevê providência nesse sentido, limitando-se dizer que, “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (art. 28, § 2º).

Portanto, pela previsão expressa desta lei apenas o juiz deveria classificar a finalidade da droga encontrada com o acusado, o que não é possível admitir, porque neste caso todos os infratores flagrados em condutas capazes de ensejar o crime de tráfico deveriam submeter-se apenas ao crivo da autoridade judiciária para fins de classificação do crime.

Por isso, pensamos que a previsão antes vista, quando se lê “juiz”, leia-se autoridade, tanto o delegado quanto aquele que flagra o agente na prática do crime, como o Ministério Público, para fins de oferecimento de proposta ou denúncia, e Juiz, estando todos eles submissos às previsões deste dispositivo.

Veja-se a necessidade de ser interpretado que essa previsão destina-se a todas esas autoridades, e não apenas ao juiz, como expressamente restou consignado.

Precisa ela ser observada pelo agente policial quando flagra o infrator na prática das condutas que configuram crimes de tráfico e outros afins, e também infração contemplada como delito de consumo pessoal de droga, haja vista que, conforme for a modalidade de crime, será o procedimento adotado em relação ao infrator.

No caso de crime de tráfico, o infrator será preso pelo agente policial ou qualquer do povo e encaminhado à autoridade policial competente para lavratura do auto de prisão em flagrante, enquanto, se for o caso de infração relacionada com o consumo pessoal de drogas, o agente será encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumirá perante a autoridade policial o compromisso de comparecer aos atos do processo, sendo após liberado.

A autoridade policial, quando recebe o agente flagrado nas condições de tráfico de drogas e condutas afins ou uso de drogas, deverá fazer a análise das circunstâncias, a fim de aferir tratar-se de infração de consumo pessoal de drogas ou de tráfico e outros assemelhados, e, conforme for a sua conclusão, lavrar o auto de prisão em flagrante

ou apenas tomará o compromisso do infrator, remetendo os autos de inquérito ao juízo criminal competente ou ao juizado especial criminal, conforme for a classificação dada.

O Ministério Público também independentemente da classificação dada pela autoridade policial deverá fazer o seu juízo de valor no caso concreto para fins de fixar a sua classificação da infração praticada pelo agente.

Caso conclua pela conduta de uso de drogas, deverá apresentar proposta nos moldes do artigo 28, caput, da lei em comento, pronunciando-se pela soltura do acusado caso se encontre preso pela lavratura do auto de prisão em flagrante, em face da classificação dada pela autoridade policial. Concluindo pela prática do crime de tráfico ou outros afins, oferecerá denúncia nesse tipo penal.

O juiz, no caso de concluir tratar-se de infração de consumo pessoal de drogas, caso o infrator se encontre preso em face da classificação dada pela autoridade policial, deverá relaxar a prisão, colocando o autuado em liberdade, tomando o compromisso para comparecer para o ato de transação penal, remetendo os autos ao juizado especial criminal.

No caso de a conduta do agente estar classificada no tipo de tráfico de drogas ou assemelhados e tendo a autoridade policial dado classificação como sendo conduta para consumo próprio, poderá, uma vez presentes os requisitos, decretar a prisão preventiva do infrator, caso tenha competência, ou proceder a remessa dos autos ao juízo competente para fins de que seja processado por essa modalidade de crime.

Neste momento estamos abordando apenas a classificação provisória, no momento ou logo após o infrator ser flagrado praticando essas modalidades de crimes, e não a classificação definitiva.

É preciso ainda fazer uma análise quanto aos elementos e às circunstâncias que devem ser aferidas para fins de classificar se a droga se destinava para consumo pessoal ou para comércio, conforme vimos, por todas as autoridades públicas envolvidas com este tipo de infração penal.

Reza o dispositivo em comento que a autoridade deverá considerar a natureza e a quantidade da substância apreendida, para determinar destinar-se ao consumo pessoal ou não.

A natureza e a quantidade devem ter uma única finalidade, que é a de aferir se é possível o usuário solitariamente consumir em curto espaço de tempo toda a droga apreendida. Somente o caso concreto

poderá definir essa classificação, não sendo possível atribuir parâmetros fixos, seja em relação à quantidade da droga, seja em relação à qualidade. Tanto é assim que, em determinado caso, o infrator teve desclassificada a conduta de tráfico pela qual foi denunciado, porque transportava aproximadamente três quilos de cannabis sativa lineu (maconha), perto da fronteira, para uso pessoal, haja vista que no país vizinho a “safra” dessa planta tinha sido enorme, onde o quilo dessa droga custava menos de cem reais, e o autuado jurava que em face desse preço adquiriu toda aquela quantidade para seu consumo pessoal, sendo que não havia prova em sentido contrário.

Também pequena quantidade de droga, ainda que de pequeno teor alucinógeno, não descarta, por si só, a prática de tráfico, somente no caso concreto poderá ficar mais clareada essa delimitação.

Quanto ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, deve a autoridade, no caso concreto, verificar se o agente se encontrava em situação que se possa concluir que a droga era para uso pessoal, ou seja, se foi flagrado em seu ambiente, seja familiar, seja do trabalho, portando droga e não havendo outros elementos a levar à conclusão de que se destinava a terceiros, conclui-se que era para uso pessoal. De outra feita, ainda que seja pequena a quantidade e baixa a qualidade da droga, sendo o agente encontrado portando-a em locais públicos, e especialmente onde há consumo de droga, a conclusão pode ser de que se trata de tráfico.

As circunstâncias sociais e pessoais previstas na norma, como causa a ser considerada para fins de classificação da infração, certamente só podem ser aquelas em que o agente convive em um meio onde as pessoas têm o hábito de uso de droga ou de tráfico, e ele pessoalmente também participa. De qualquer forma, é muito difícil aferir essas situações, muito mais logo após a prática da infração penal, quando ainda na maioria das vezes não se tem esses dados.

Relativamente à conduta e aos antecedentes do agente, estão relacionados com a sua vida pregressa. Isto é, v.g., se ele tinha o hábito de portar droga para consumo pessoal, estará a indicar que pequena quantidade com que venha a ser surpreendido era para uso próprio. Já no caso, v.g., de comumente comercializar droga, inclusive sendo processado por essa modalidade de crime, ainda que seja pequena a quantidade e de baixa qualidade, poderá configurar crime de tráfico ou afins.

Na dúvida, seja qual for a autoridade, deve optar pela classificação para fins de consumo pessoal, haja vista que também nesta fase da persecução aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*.

Em qualquer circunstância, há que se observar a necessidade de fundamentação quanto à classificação da conduta imputada ao agente, independentemente de qual seja ela, sob pena de nulidade deste ato, que no caso de prisão em flagrante configurará constrangimento ilegal.

Conclusão

A nova Lei antidrogas não descriminalizou a conduta de agente visando ao consumo pessoal, havendo previsão de processo e aplicação de penalidades, ainda que de advertência e restritivas de direito.

Nenhuma modalidade de reincidência, específica ou não, impede a aplicação das benesses em favor do consumidor usuário, independentemente do número de vezes que o agente seja processado.

Nesta norma conferiu-se instrumento de grande valia que é o poder de o juiz determinar ao Poder Público que disponibilize, gratuitamente, o tratamento de consumidor dependente de drogas.

O usuário dependente não é obrigado a se submeter a tratamento.

Na classificação quanto à droga ter como destino o consumo pessoal ou o tráfico, deve-se considerar também a sua quantidade e a sua qualidade.